

IV.115. De hoofdelijk met den schuldenaar verbonden borg

115. DE HOOFDELIJK MET DEN SCHULDENAAR VERBONDEN
BORG. *

I

Er zullen tegenwoordig wel weinig akten van borgtocht worden opgemaakt, waarin niet wordt bedongen, dat de borg zich verbindt „hoofdelijk met den hoofdschuldenaar onder afstand van de voorrechten van schuldsplitsing en uitwinning”, of althans niet een clause met soortgelijke strekking wordt opgenomen. Niet de borg van de wet, die verlangen mag, dat eerst de hoofdschuldenaar wordt uitgewonnen, voor de crediteur hem zelf aanspreekt (art. 1870 B. W.) en die voorts mag eischen, dat de schuldenaar van hem slechts betaling vraagt van een zooveelste gedeelte van de schuld als er borgen zijn (art. 1874), maar de zoogenaamde zelf-schuldige borg is de normale borg van het rechtsverkeer geworden.

Bij deze borgtocht is één ding duidelijk: de genoemde voorrechten heeft de borg niet, maar daarmee zijn niet alle vragen, waartoe de verhouding aanleiding kan geven, beslist. Er rijzen moeilijkheden, die alle in een zelfde omstandigheid haar oorsprong vinden: de borg is hoofdelijk verbonden met den hoofdschuldenaar, en er zijn verscheidene wetsvoorschriften, die voor bepaalde rechtsverhoudingen regels geven, verschillend naar mate men met borgen dan wel met hoofdelijke schuldenaren te doen heeft. Art. 1885 B. W. leert, dat de borg ontslagen is, wanneer hij door toedoen van den schuldeischer niet meer kan treden in de rechten, voorrechten en hypotheeken van den schuldeischer. Algemeen neemt men aan, dat de bepaling niet geldt voor den hoofdelijken schuldenaar. Hoe is het nu met den borg, die zich hoofdelijk met den hoofdschuldenaar heeft verbonden? Art. 1466 B. W. zegt, dat de borg in vergelijking kan brengen, hetgeen de schuldeischer aan den hoofdschuldenaar verschuldigd is, maar dat de hoofdelijke schuldenaar niet in vergelijking mag brengen hetgeen door den schuldeischer aan zijn mede-schuldenaar verschuldigd is. Alweer vragen wij: wat is rechtens voor den hoofdelijk met den hoofdschuldenaar verbonden borg? Een dergelijke vraag stelt ook de kwijtschelding. Volgens art. 1476 bevrijdt de kwijtschelding ten behoeve van één der hoofdelijke mede-schuldenaren de overigen, ten ware de schuldeischer zich zijn rechten tegen de laatsten mocht hebben voorbehouden en ook in dit geval kan hij de schuld niet verder invorderen dan na aftrek van het aandeel van dengene, aan wien hij de schuld heeft kwijtgescholden. Art. 1478 daarentegen bepaalt, dat de kwijtschelding aan den hoofdschuldenaar wél den borg bevrijdt, maar de kwijtschelding aan den borg niet den hoofdschuldenaar,

* Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie, nos. 2470—2473 (28 April—19 Mei 1917).

en evenmin de kwijtschelding aan den eenen borg den andere. Ook hier weer is het antwoord, wat nu recht zal zijn ten aanzien van den borg over wien wij spreken, niet maar eenvoudig weg uit de wet af te lezen. En zoo zou deze reeks kunnen worden voortgezet.

De laatst bedoelde vraag kreeg de H. R. voor enkele jaren te beslissen¹). Het geval lag aldus. De Credietvereniging had een crediet geopend voor F. Raymakers. Ten behoeve van dezen stelden L. Raymakers en van Groenendaal zich borg tot een bedrag van f 15.000. De borgen verbonden zich hoofdelijk met den hoofdschuldenaar, onder afstand van alle mogelijke voorrechten, F. Raymakers faillieert en blijft meer dan het bedrag van den borgtocht schuldig. De Credietvereniging spreekt eerst L. Raymakers aan, deze wordt veroordeeld tot betaling van zeker bedrag, zoowel voor dezen borgtocht als voor die welke hij nog op zich genomen had voor andere schulden van denzelfden schuldenaar aan denzelfden schuldeischer. Na het vonnis treffen de partijen een dading, L. R. betaalt f 5000 tot algeheele voldoening zijner schuld. Thans spreekt de Credietvereniging den tweeden borg v. G. aan en vraagt van hem betaling van f 15.000. Deze voert (voor zoover ons aangaat) tweërlei verweer. Hij zegt in de eerste plaats: „F. Raymakers, L. Raymakers en ik waren hoofdelijk medeschuldenaren, bij uwe dading met L. R., waarbij gij hem de rest van zijn schuld kwijt scholdt, hebt gij, Credietvereniging, wel uw rechten tegen mij, v. Groenendaal voorbehouden, maar niet uw rechten tegen F. Raymakers. Volgens art. 1476 B. W. is dus F. R. bevrijd en ik die voor hem borg ben, ben het eveneens.” In de tweede plaats voert hij aan, dat, mocht de rechter daar al anders over oordeelen, in ieder geval krachtens het tweede lid van art. 1476 de vordering die de Credietvereniging tegen hem heeft voorbehouden, moet worden verminderd met het aandeel van L. Raymakers in deze schuld, dat is dus de helft, terwijl bovendien hetgeen L. R. op deze borgtocht heeft betaald, hetgeen ± f 1150 bedraagt, van de f 15.000 moet worden afgetrokken. Tegenover deze verweren stelt de Credietvereniging, dat niet art. 1476, maar art. 1478 B. W. toepasselijk is op v. G. die immers evenals L. R. borg was.

Het Hof²) geeft de Credietvereniging gedeeltelijk gelijk, de H. R. oordeelt dat zij de zaak geheel moet winnen. Het Hof is van meening, dat inderdaad art. 1476 toepasselijk is, maar, zegt het, door bij de kwijtschelding aan L. R. uitdrukkelijk de rechten tegen den mede-borg v. G. voor te behouden, heeft de Credietvereniging ook hare rechten tegen F. R. gereserveerd, borgtocht is immers accessoir, zij kan niet bestaan zonder de hoofdschuld. De lagere rechter oordeelt echter het verweer, ontleend aan het laatste lid van art. 1476 B. W., gegrond en houdt daarom v. G. slechts voor

*) Arr. 21 Februari 1913, W. 9492 (aanteekening van Meijers), N. J. 1913, 577. ²) Hof Amsterdam 22 Jan. 1912, V. 9397.

de helfc van / 15000 — / 1153.08⁵ of /6923.46 aansprakelijk. De H. R. is het met de laatste beslissing niet eens en motiveert ook zijn uitspraak, voor zoover hij wel met het Hof medegaat, anders. De vraag is beslissend, zoo leert ons hoogste rechtscollege, of 1476 dan wel art. 1478 toepasselijk is. Naar art. 1869, 2°. B. W. kan de borg zich hoofdelijk met den hoofdschuldenaar verbinden, zonder de hoedanigheid van borg te verliezen. Reeds hieruit volgt, dat „elke uitlegging van de slotwoorden dier rechtsbepaling, welke het begrip van den borgtocht omver werpt, is onaannemelijk“, dit artikel moet dus zóó worden opgevat, dat de hoofdelijk met den hoofdschuldenaar verbonden borg wel de voorrechten van uitwinning en schuldsplitsing mist, maar overigens borg blijft. De bepalingen die over borgen handelen, blijven toepasselijk. Dit wordt dan consequent doorgevoerd, niet art. 1476, 2e lid, maar art. 1478 wordt ook voor de vraag, of v. Groenendaal het aandeel van L. Raymakers in de schuld mag aftrekken, beslissend verklaard en art. 1478 leert, dat de bevrijding aan een der borgen toegestaan, de anderen niet bevrijdt.

De H. R. kiest in de controvers, waar het hier om gaat, zeer beslist partij. Hij houdt zich aan de bepalingen over borgtocht en laat die over de hoofdelijke schulden ter zijde. In tegengestelden zin hadden vele schrijvers, zoowel Fransche als Hollandsche, even beslist gekozen. Het duidelijkst vindt men de andere meening bij Marcadé¹). Voor hem is de zelfschuldige borgtocht naar binnen, d.w.z. voor het onderlinge verhaal borgtocht, maar naar buiten, tegenover den schuldeischer een hoofdelijke schuld als een andere. Diephuis²), Opzoomer³) en Land⁴) volgen evenals vele Franschen Marcadé, waar zij over den invloed van schuldvergelijking en kwijtschelding spreken; Meijers⁵) heeft er reeds op gewezen, dat zij alle drie anders oordeelen, waar zij art. 1885 B. W. behandelen. Hij verklaart deze tegenstrijdigheid uit den invloed der Fransche auteurs op de onze; aan Marcadé konden zij zich bij bespreking der borgtochtartikelen niet meer houden, daar richten zij zich naar den voortzetter van diens werk, Paul Pont, en deze had een andere meening over de vraag dan Marcadé. Ik wil de juistheid van dit niet zeer vleierend oordeel niet tegenspreken, stellig is het eigenaardig, dat onze schrijvers zich van de tegenspraak, waarin zij met zich zelf kwamen, zoo weinig bewust zijn geweest, maar, wil ik toch vragen, kan de grond voor wat een tegenstrijdigheid lijkt — en in de motiveering ook stellig is — niet mede hierin liggen, dat op de vraag: borgtocht of hoofdelijkheid misschien niet één overal afdoend antwoord gegeven kan worden? Het schijnt mij althans de

1) IV, 840.
 -) X, blz. 666 en 740.
 ■) VII, blz. 225.
 ") IV, blz. 463 en 483.
 5) W. 9492.

moeite waard, dit nog eens te onderzoeken. Dit te meer, waar wij in Frankrijk iets soortgelijks vinden als bij onze schrijvers. Men sla er b.v. Planiol op na. Deze vraagt, of de zelfschuldige borg op één lijn gesteld moet worden met den hoofdelijken schuldenaar ¹⁾. Het antwoord luidt, dat dit stellig in de bedoeling van partijen ligt en ook eenige malen in den Code is uitgesproken (artt. 1216 en 2021), dat de jurisprudentie in dezelfde richting gaat, maar niettemin een uitzondering maakt ten aanzien der toepassing van art. 2037 C. (— 1885 B. W.). Zij weigert deze bepaling uit te breiden tot den hoofdelijken schuldenaar, maar acht haar wel toepasselijk op den borg, die zich hoofdelijk met den hoofdschuldenaar heeft verbonden. Dat is in Frankrijk als bij ons, constante jurisprudentie, zegt Planiol²⁾, en al keurt hij dat niet uitdrukkelijk goed, hij bestrijdt het ook niet.

Is deze weifeling van onze en van de Fransche schrijvers aanleiding de vraag nog eens te bezien, er is nog een andere grond. Immers niemand kan ontkennen dat het antwoord van den Hoogen Raad in uitkomst weinig bevredigend is. Ik denk nu meer in het bijzonder aan de beslissing, dat de hoofdelijk met den hoofdschuldenaar verbonden borg niet een beroep mag doen op het tweede lid van art. 1476. Wat is daarvan het gevolg? De borg, in deze v. G., blijft aansprakelijk voor het volle bedrag van f 15.000, ook na de kwijtschelding aan zijn medeborg verleend. En nu één van tweeën: of hij kan bij betaling daarvan verhaal uitoefenen op zijn mede-borg voor diens deel, of dit recht van verhaal komt hem niet toe. In het eerste geval is het gevolg dat de kwijtschelding door den schuld-eischer aan dien mede-borg verleend, achteraf waardeloos blijkt, in het tweede geval zou het gevolg van die kwijtschelding zijn dat de andere borg (hier v. G.) in slechteren toestand zou geraken. Het een is al even ongerijmd als het andere. Het Hof wees hierop en grondde er zijn beslissing op dat, wat men ook toepast, art. 1476 of 1478, in ieder geval de aansprakelijkheid van v. G. is beperkt. De Hooge Raad weerlegt dat argument niet, hij merkt enkel op dat „hoe ook over de juridische juistheid daarvan moge worden gedacht, het in elk geval tegenover de duidelijke bewoordingen van art. 1478, 3e lid niet kan afdoen". Dura lex, sed ita lex, alzoo. Ik ben altijd weinig geneigd mij bij zulk een uitspraak neer te leggen en wil ook daarom de zaak nog eens onderzoeken. Het is daarvoor noodig, dat wij haar wat hooger ophalen en de beteekenis van hoofdelijkheid en borgtocht wat nader bezien.

II

Borgtocht en hoofdelijk schuldenaarschap hebben één zelfde doel en in beide tracht de rechtsorde het doel op gelijksoortige wijze te

1) II, n. 2352. ²⁾
II, n. 2384.

verwezenlijken: de schuldeischer zal meerdere zekerheid verkrijgen en die zekerheid wordt hem verschaft, doordien een ander zich naast den schuldenaar aansprakelijk stelt voor de voldoening der schuld. Beiden, borg en hoofdelijk schuldenaar staan er voor in, dat de schuldeischer verkrijgt, wat hem toekomt.

Beiden staan voor den schuldenaar in. Wij roepen met dezen term de gedachte wakker aan de tegenstelling tusschen instaan en schuldig zijn, tusschen aansprakelijkheid en schuld, „Haftung" en „Schuld", naar men, helaas ook ten'onzent, met Deutsche termen dikwijls zegt. Het ligt voor de hand, dat, toen men eenmaal had ontdekt dat in de verbintenis moest onderscheiden worden tusschen den plicht tot nakoming en de aansprakelijkheid van den schuldenaar in zijn vermogen, of — als men de zaak van de zijde van den crediteur beziet, — tusschen het recht op de praestatie en het recht van verhaal, en toen men had ontdekt, hoe vruchtbaar deze onderscheiding kan zijn voor het inzicht in de rechtshistorie in de eerste plaats, maar toch ook voor het goed begrip van menig vraagstuk van hedendaagsch recht¹⁾, de gedachte opkwam haar ook voor het borgtochtrecht te gebruiken. De borg niet schuldenaar, maar aansprakelijk voor de schuld van een ander — de hoofdelijke schuldenaar daarentegen medeschuldenaar, lag de tegenstelling niet voor de hand en vond zij ook niet steun in de geschiedenis? Intus-schen, hoe verleidelijk het is zulk een scherpe onderscheiding van begrippen te formuleeren, houdbaar is zij voor ons tegenwoordig recht toch niet. De borg is niet minder schuldenaar dan ieder, die onder zekere voorwaarden verbonden is; blijft de hoofdschuldenaar in gebreke, dan is hij verplicht te betalen, wat hij dan afdraagt, voldoet hij zeker niet onverschuldigd. Hiermee is niet gezegd dat met de onderscheiding van aansprakelijkheid en schuld in dezen niets valt uit te richten, maar de borgtocht kan zeker niet eenvoudigweg tot den vorm van aansprakelijkheid zonder schuld worden verklaard.

Waarin zit nu het eigenaardige van den borgtocht? Wij meenen dat wij hier als zoo dikwijls het karakteristieke van het instituut het beste doen kennen door het om beurten te belichten van uit de beide rechtsinstellingen die er het meest verwantschap mee hebben, die er als het ware in het rechtssysteem aan weerskanten van liggen: de garantie van art. 1352 B. W. en het hoofdelijk schuldenaarschap.

Art. 1352 B. W. leert, dat men zich voor een derde sterk kan maken, door te beloven dat deze iets doen zal en dat, indien de derde weigert de verbintenis na te komen, de belover tot schadevergoeding gehouden is. Een ruim gebied van toepassing vindt dit artikel in ons tegenwoordig recht niet, rechtspraak is betrekkelijk zeldzaam, het meest typeerende voorbeeld der laatste jaren vond

¹⁾ Zie b.v. hoe Meijers de onderscheiding gebruikt heeft in de leer der aanvaarding onder voorrecht van boedelbeschrijving, W. P. N. R. 2202 "vlg.

ik in het volgende geval. Een gemeentebestuur vindt het geraden, dat een ontvanger, die reeds zeer vele jaren dienst achter den rug heeft, ontslag neemt. Het belooft hem een pensioen als hij heengaat en wel in dezen vorm: „Aan v. P. wordt met ingang van 1 Juni 1904 een jaarlijksche gratificatie toegelegd van /250, plus [250 toelage van zijn opvolger, zoodat hem jaarlijks gedurende geheel zijn leven / 500 wordt uitbetaald." De opvolger, of liever de opvolger van den opvolger weigert de uitbetaling, de teleurgestelde oud-ontvanger spreekt de gemeente aan. Zij had zich sterk gemaakt, was dus verplicht tot schadevergoeding. De Rechtbank te Zierikzee¹⁾ wijst deze vordering toe.

De bepaling van art. 1352 hangt samen met het oude verbod eens anders daad te beloven. Naar Romeinsch recht was zulk een belofte nietig, doch het Romeinsche recht zelf heeft reeds den weg gewezen waarlangs deze regel tot een doode letter kan worden gemaakt. Men belooft n.l. de daad van een ander en verbindt zich zelf een straf te zullen betalen indien de andere de beloofde daad niet verricht. Celsus is een stap verder gegaan, ook indien niet uitdrukkelijk een strafbepaling in de stipulatie was opgenomen, was zij geldig, de belover werd dan geacht zich te verbinden, de schade te betalen die de ander zou lijden door niet-nakoming van den derde²⁾. Deze regel, die in het latere Romeinsche recht nog naast het verbod van de belofte van eens anders handeling stond en blijkbaar nog niet onvoorwaardelijk was aangenomen, werd na de receptie vooral door den invloed van het Canonieke recht verbreid³⁾ en leidde ten slotte tot ons wetsvoorschrift. Het oude verbod bleef daarnaast in de wet staan en had b.v. voor de Franschen deze beteekenis dat het aanleiding werd voor de twistvraag, of nu de belofte van eens anders daad *altijd* geacht moet worden een zich sterk maken voor dien ander in te houden, dan wel dit naar omstandigheden door den rechter moet worden uitgemaakt⁴⁾. Waar echter ook de voorstanders van laatstgenoemde opvatting van oordeel zijn dat de rechter „bijna altijd" de vraag in bevestigenden zin zal moeten beantwoorden, is toch ook voor hen de bepaling van art. 1119 Code (= 1351 B.W.) die zij willen redden niet veel meer dan een doode letter. Voor Fransche schrijvers geeft het artikel nog tot een andere vraag van uitlegging stof. Zij bespreken allen de kwestie of degeen die instaat, „le porte fort" enkel belooft, dat de ander de aangegane verbintenis zal bekrachtigen dan ook wel voor nakoming aansprakelijk is, en hun eenstemmig antwoord luidt, dat na de bekrachtiging door den derde de belover bevrijd is⁵⁾. Mij schijnt dat

*) 1 Maan 1910, W. 9065.

2) D. 45. 1. 81.

3) Vgl. Groenewegen, De legibus abrogatis ad Inst. III, 20. 3, Voet, Pandect. XLV, 1. 5, Pothier, Obligations no. 56.

4) Baudry Lacantinerie—Bardc I, 131, Planiol II, 1023/5.

5) Baudry, t a. p. 132, Planiol t. a. p.

niet juist. De redactie van den Code geeft tot deze opvatting eenige aanleiding, intusschen zij dwingt toch alleen dan tot een uitlegging in dezen zin, indien „se porter fort” en „promettre de faire ratifier” één zelfde begrip aanduiden. Er is. dunkt mij, alle reden de belofte „een derde iets te doen bekrachtigen” naast het instaan voor den derde te stellen, er niet een synoniem van dit laatste in te lezen. De daad van den derde, waarvoor wordt ingestaan, kan zoowel het aangaan eener verbintenis als de uitvoering daarvan zijn; en er is geen reden om ons voorschrift tot het eerste geval te beperken, ook niet om aan te nemen, dat indien van dit laatste niet uitdrukkelijk is gesproken, nu altijd het eerste zou zijn bedoeld. Een zoodanig beperkte opvatting van den regel heeft in vroegere tijden nooit gegolden, ook bij Pothier is er nog geen spoor van, en, wat ons recht in het bijzonder betreft, waar de vraag door de latere schrijvers niet onder de oogen is gezien, verdient de vrijere vertaling die art. 1033 W. N. v. H. van art. 1019 C. gaf, den aandacht. Daar staat: „Niettemin kan men zich voor een derde sterk maken of instaan en beloven dat dezelve iets zal geven of doen; ingeval die derde weigert het beloofde na te komen, is de belover tot schadeloosstelling gehouden”¹⁾. Denzelfden inhoud zullen wij ook aan ons art. 1352 moeten toekennen.

Ik hoop dat deze kort samengedrongen opmerkingen over art. 1352 duidelijk genoeg zullen zijn om te doen zien, waar het hier om gaat. In iedere contractueele verbintenis zit tweëerlei, de belofte tot krachtsinspanning, het op zich nemen van een plicht en het instaan voor een resultaat, het aanvaarden van een risico, het ethische naast het economische element als men wil. De verkooper is verplicht moeite te doen om den koper het verkochte te verschaffen, hij aanvaardt tevens een risico, voor het geval de koper niet krijgt wat hem beloofd is. Bij een beding als art. 1352 bedoelt, is er niet anders dan het laatste. De belover doet niet de toezegging, dat hij moeite zal doen om de derde tot nakoming te brengen, juist in het instaan ligt meer. Vandaar dat de belover ook niet is bevrijd, als hij kan aantoonen, dat hij alles heeft verricht wat redelijkerwijze van hem kan worden gevorderd om den derde tot vervulling der belofte te brengen, ook dat wordt door alle Fransche schrijvers beaamd. Hij staat in, d.w.z. hij belooft niet een daad — een daad van een ander kan hij niet beloven en een eigen daad beloven wil hij niet — hij belooft een resultaat: de praestatie. Zoekt men verband met de tegenstelling schuld en aansprakelijkheid, dan kan men zeggen dat de schuld hier niet als in den regel staat naast de aansprakelijkheid (de verplichting om te leveren naast het instaan voor niet-levering) maar de schuld alleen ontstaat als gevolg der aansprakelijkheid. In het Zierikzeesche geval belooft de gemeente

¹⁾ Vgl. ook de redactie die Daam Fockema aan art. 1352 had willen geven bij Noordziek, 1824/5, II, 453.

niet *f* 500 te geven, zij belooft ook niet dat de opvolger het noodige geld zal uitkeeren, zij staat er enkel voor in, dat de ontslagen ontvanger dat bedrag van zijn opvolger krijgt en daarom, ter wille van dat instaan was zij bij niet-nakoming door dezen tegenover den eischer tot betaling verplicht.

Van deze garantie-overeenkomst is de borgtocht een species. Ook de borg is (voorwaardelijk) schuldenaar, maar hij is schuldenaar alleen, omdat hij aansprakelijk is¹). Het bijzondere van den borgtocht ligt hierin, dat het resultaat dat de borg belooft niet is in het algemeen een daad van een derde, maar speciaal de nakoming van een verbintenis door dezen. Voor een bestaande schuld van dezen stelt hij zich aansprakelijk, van die schuld hangt zijn aansprakelijkheid af en daarnaar richt hij zich.

Hierover zoo straks nog iets meer. Pogen wij thans eerst den borgtocht evenzeer af te scheiden van de verbintenis van den hoofdelijken schuldenaar. Op den nauwen samenhang tusschen deze beide wees ik boven al. Ten allen overvloede kan art. 1331 B. W. ons het bestaan daarvan duidelijk maken, het wetsartikel onderstelt dat meerderen zich verbinden als hoofdelijke schuldenaren en dat toch slechts één van hen „de zaak aangaat”, de overigen onder elkaar „worden beschouwd als borgen voor dengene, wien de zaak betreft”. Het is dus b.v. mogelijk dat één geld leent en dat niet alleen hij zelf maar ook een ander zich tot terugbetaling verbindt — hoofdelijk dan met den leener, ieder voor het geheel. Dat hierin naar het c?oe/ hetzelfde ligt als in borgtocht, is duidelijk, feitelijk is dat element er in meerdere of mindere mate in *iedere* hoofdelijke verbintenis. Ook als twee personen samen een huis huren om het samen te bewonen, dus ieder van hen van de praestatie geniet, en zij zich dan hoofdelijk tot betaling der huurpenningen verplichten, kunnen zij in ruimen zin elkanders „borgen” genoemd worden. Merkwaardig is dan ook dat in sommige oude rechten het zich hoofdelijk voor het geheel verbinden van meerderen werd beschouwd als een wederkeerige borgtocht²).

Maar indien dit verband zoo nauw is, waarin zit dan het verschil? Ik meen dat wij goed doen, teneinde dit te begrijpen, onze blikken even te richten naar het Romeinsche recht. Onze regeling van de hoofdelijkheid is overgenomen uit het recht van de stipulatie, waarbij meerderen zich als *correi* verbonden, ook in ons borgtocht-recht zit heel wat Romeinsch, zij het dan ook gedeeltelijk na-klassiek, Justiniaansch recht. Ik weet dat ik daarmee een doornig en voor den lezer weinig aantrekkelijk gebied betreed. Hier is heel wat onzekers. Ik zal trachten kortelijk die dingen aan te geven, die naar mijn oordeel voor onze latere ontwikkeling van belang zijn geweest.

*) Vgl. Gierke, Schuld und Haftung, blz. 106, noot.

²) Bv. het Grieksche recht der papyri. Vgl. Mitteis, Grundzüge Papyruskunde. Jurist. Theil. blz. 113. Voor zulk een recht is de hoofdelijkheid blijkbaar een uit den vreemde ingevoerd element.

III

De hoofdelijkheid is in het Romeinsche recht tot ontwikkeling gekomen bij de stipulatie. Partijen verbonden zich door vraag en antwoord, door den vorm der handeling; naar den rechtsgrond die tot de afspraak aanleiding had gegeven, de daarachter gelegen verhouding, werd niet gevraagd. Wij vinden nu dat de stipulatie ook door meerderen te gelijk kon geschieden, na de vraag aan Maeuius of hij vijf wilde geven, vroeg de stipulator aan Sejus of hij dezelfde vijf wilde geven. Eerst daarna antwoordden beiden en werden dan hoofdelijk verbonden ¹⁾. Vast staat, dat de hoofdelijkheid bij andere contractueele verhoudingen zich eerst later naar aanleiding van de *correi promittendi* heeft ontwikkeld. Voorts is het zeker, dat de oudste en meest belangrijke borgtocht-instellingen, de *sponsio* en de *fidepromissio* oudtijds, de *fidejussio* later, eveneens in stipulatie-vorm geschieden, en ook dat de oudste, de beide eerstgenoemde, alleen konden worden gesteld voor een verbintenis, die zelve in stipulatievorm was tot stand gekomen. Nauwkeurig weten wij niet, hoe dat geschiedde; Gajus vermeldt dat de sponsor hetzelfde beloofde als hij, voor wien hij zich verbond ²⁾.

Uit een en ander volgt, dat de samenhang tusschen hoofdelijkheid en borgtocht een zeer nauwe was. Hoe de verhouding echter oorspronkelijk geweest is, is zeer betwist. Over die strijdvraag een enkele mededeeling, die, dunkt mij, kan strekken om een beter begrip over die verhouding in het latere recht te verschaffen.

In een helder geschreven boekje over *sponsio fidepromissio fidejussio* heeft Ernst Levy ³⁾ betoogd, dat sponsor oorspronkelijk de term was zoowel voor den hoofdschuldenaar als voor den borg. Was dit juist, dan zou dus aan de *sponsio* niet te zien zijn geweest, of de belover zich als hoofdschuldenaar dan wel als borg verbond. Er zou wel sociaal, maatschappelijk, niet juridisch verschil tusschen het zich verbinden voor eigen en voor eens anders schuld hebben bestaan en eerst toen er wettelijke regelingen gemaakt werden om de aansprakelijkheid van laatst bedoelden te beperken, zou de noodzakelijkheid ontstaan zijn, deze ook juridisch te onderscheiden, wat dan krachtens een weer latere wet door een bijzondere vermelding bij het aangaan van de *sponsio* zou zijn geschied. Had Levy gelijk, dan was er dus oudtijds geen verschil tusschen hoofdelijk schuldenaar en borg, of liever de borg was oorspronkelijk hoofdelijk schuldenaar. Zeer gezaghebbende kenners van het Romeinsche recht

¹⁾ Vgl. Just., Inst. III, 16: „Duo pluresve rei promittendi ita fiunt: Maeui, quinqt aureos dare spondes? Sei eosdem quinque aureos dare spondes? respondeant singuli separatim spondeo“.

²⁾ Inst. III, 115.

³⁾ Berlijn 1907.

als Mitteis¹⁾ en Wenger -) hebben verklaard met deze hypothese niet te kunnen meegaan. Ik moet de over en weer aangevoerde argumenten hier laten rusten, slechts een enkel wil ik releveeren. Levy's tegenstanders houden het voor uiterst onwaarschijnlijk, dat een wetgever het begrip borgtocht zou gebruikt hebben, terwijl *juridisch* een borg nog niet te scheiden zou zijn geweest van den hoofdschuldenaar en die scheiding ook niet door de wet, die het begrip gebruikte, maar eerst later zou zijn ingevoerd. Ook ik vind dit weinig waarschijnlijk. Maar ik wil er een andere opmerking aan vastknoopen. Indien het waar is dat reeds vóór de door Levy bedoelde wetten op den borgtocht aan de stipulatie op de een of andere wijze te zien was, of men zich als hoofdschuldenaar dan wel als borg verbond — b.v. eerst de eigenlijke schuldenaar beloofde en daarna de borg hetzelfde toezegde — is het dan aannemelijk, dat ook toen reeds, dank zij de correaliteit de mogelijkheid bestond, dat men als eigen schuld op zich nam, wat in waarheid geen eigen schuld was? Of liever, in abstracto bestond die mogelijkheid misschien wel, maar gebeurde het ook inderdaad? Het is niet te gelooven. Mitteis en Wenger baseeren hunne bewering dat de tegenstelling borgtocht — eigen schuld niet enkel een sociale, maar ook een juridische was op het gebruik van het begrip borgtocht dooide leges Appuleia en Furia, maar dan is het ook waarschijnlijk, dat vóór die wetten het „sociale" en het „juridische" begrip borgtocht samen vielen, borgtocht in den vorm van „een als eigen schuld op zich nemen" niet bestond. Ware het anders geweest, dan had de wetgever die door die wetten de aansprakelijkheid van de borgen wilde beperken ook over dezen vorm niet gezwegen. Wel verre dus, dat de borg oorspronkelijk „correalschuldner" was — zooals Levy beweert — meen ik, dat een correele schuld in den zin van het latere recht, waarbij een ieder, ook hij die zich borg wilde stellen, zich met den schuldenaar als zelfschuldenaar kon verbinden, oorspronkelijk niet bestond. Waarschijnlijk komt het mij voor, dat deze wijze van handelen haar grond heeft gevonden in den wensch, de bijzondere regelen van de wetten over borgtocht te ontduiken. Maar wat daarvan zijn moge, één ding lijkt mij zeker: de zoogenaamde abstracte verbintenis van hem, die zich hoofdelijk met een ander voor diens schuld verbindt, is jonger dan de borgtocht, waarbij partijen en derden zich bewust zijn, waarover het gaat. Dit past volkomen bij den hoogen ouderdom van den borgtocht in haast ieder, met name in het Romeinsche recht.

Ik wilde dit hier even invoegen, omdat het de tegenstelling verduidelijkt die in het latere Romeinsche recht, het klassieke en het Justiniaansche, tusschen hoofdelijke medegebondenheid en borgtocht

¹⁾ Aus römischem und bürgerlichem Recht (Festgabe für E. I. Bekker), blz. 126/7.

²⁾ Savigny-Zeitschrift für Rechtsgeschichte Rom. Abth., Bd. 28.

bestaat. Nu gebeurt het herhaaldelijk, dat men zich voor eens anders schuld verbindt alsof men zelf schuldenaar was, „sociaal", „materieel" is men borg, „juridisch", „formeel" hoofdschuldenaar. Het abstract karakter van de stipulatio maakt dat mogelijk. De hoofdelijkheid is in den regel element van de stipulatio en ook waar zij later bij op anderen grond steunende verbintenissen voorkomt, is zij geheel in navolging van de hoofdelijkheid bij stipulatio geregeld¹). Degeen die zich met den kooper of leener verbond, verbond zich alsof hij zelf kooper of leener was. Twee gingen een leenschuld aan, de uitleener bedong hoofdelijkheid, beiden werden dan als leeners aansprakelijk, onverschillig of de leening eigenlijk één hunner dan wel ieder voor de helft aanging. Anders uitgedrukt: bij een verbintenis van meerderen is het voldoende, dat de materiele grond, de causa bij één aanwezig is. Zooals Papinianus het uitdrukt: *parem causam suscipiunt* ²). Hier is de invloed der stipulatio duidelijk aan te wijzen. Bij de gebondenheid door den vorm, afgezien van hetgeen materieel tusschen partijen gebeurt — zooals de stipulatio in het klassieke recht vertoonde — is het onverschillig, welke verschuiving van waarden tusschen partijen heeft plaats gehad. Beiden hebben inderdaad „*parem causam*" aanvaard. Voor de verbintenissen op andere gronden in het Romeinsche recht is het feitelijk een anomalie en evenzeer in het nieuwere recht, voor zoover het niet de enkele afspraak tusschen partijen bindend verklaart, maar alleen die welke een geoorloofde oorzaak heeft. De beloften moeten samenhangen met een uitwisseling van praestaties tusschen partijen. Daaraan derogert de hoofdelijkheid niet direct, middellijk doet zij het intusschen wel, doordien voldoende verklaard wordt, dat bij één van meerderen, aan dezelfde zijde verbonden, dit element aanwezig is. Bij de hoofdelijkheid, zooals wij die van de Romeinen hebben overgenomen, hebben wij met het telkens terugkeerend verschijnsel van de abstraheering te doen. De verbintenis van den hoofdelijken schuldenaar ook in ons recht is niet een abstracte in dien zin, dat er geen „oorzaak" behoeft te bestaan, maar de oorzaak behoeft niet bij hem zelven aanwezig te zijn. Uit het eigenaardig karakter van de stipulatio is zoo art. 1331 B. [^]V. te verklaren.

Zie nu daartegenover den borgtocht. Het Romeinsche recht heeft het eigenaardig karakter van deze verbintenis nog nader geaccentueerd. Naast de *fidepromissio* en *sponsio* werd als derde vorm van stipulatio borgtocht de *fidejussio* ingevoerd, waarschijnlijk om zonder novatie het borgstellen voor verbintenissen uit *con-sensuele* en *reeële contracten* mogelijk te maken. Terwijl nu de *correële verbintenissen* andeïs dan uit stipulatio geheel gevormd werden naar analogie van die der *correi promittendi* heeft de *fide-*

*) Levy t. a. p., biz. 126 vlg. ²)
D. 45. 2. 9. 2.

jussio zelfstandig karakter tegenover de oudere vormen. Hoe daarbij de verhouding geweest mag zijn tusschen hoofdschuldenaar en borg, bij de fidejussio is de verplichting van den borg zeer zeker een andere dan die van den hoofdschuldenaar. Hij mag al „idem", „hetzelfde" beloofd hebben als de hoofdschuldenaar — en het is minst genomen twijfelachtig of hij dat deed ¹⁾ —, dat zelfde is in zijn mond iets anders dan bij dengeen, voor wien hij zich borg stelt. Hij belooft niet zelf de praestatie, die de hoofdschuldenaar toezegt, hij belooft in te staan voor de praestatie door dezen. Indien ik beding dat gij mij de uitoefening van een wegenrecht zult laten en ge stelt een borg, dan is niemand aansprakelijk, als de borg mij in die uitoefening hindert en zijn beiden het, indien de belover het doet ²⁾. Men denke ook aan het geval, als de hoofdschuldenaar iets niet-vervangbaars toezegt.

Ik denk mij den ontwikkelingsgang dus zoo. Eerst borgtocht en schuldenaarschap gescheiden, hoewel beiden in den vorm van vraag en antwoord. Daarna bijzondere wetten op den borgtocht. Ter ontduiking daarvan borgtocht in den vorm van mede-schuldenaarschap, correaliteit. Dan eenerzijds een nieuwe borgtochtvorm, fidejussio, die het karakter „borgtocht" scherper doet uitkomen, anderzijds een overbrengen van het denkbeeld der correaliteit op niet uit stipulatio ontsproten verbintenissen, waarbij ook daar het bedekken van den grond der verbintenis — „eigenlijk" borgtocht — mogelijk wordt. Hoofdelijkheid dus een „abstraheeren" van de causa.

Vatten we nu de draad die we lieten glippen, toen we over de hoofdelijkheid gingen spreken, weder op en vullen we de karakteriseering van den borgtocht aan, dan kunnen we aan de bewering, dat de borg zich aansprakelijk stelt voor de nakoming van de verbintenis toevoegen, dat hij dit doet door een verbintenis met eigen karakter, eigen oorzaak aan te gaan. Daarin ligt de tegenstelling met de hoofdelijkheid, daar maakt men de schuld van een ander tot zijn eigene. Moeten we blijven volhouden, dat het onderscheid niet hierin ligt, dat de borg aansprakelijk is voor, de hoofdelijke schuldenaar medeschuldenaar van eens anders schuld, heel ver wijkt onze voorstelling toch niet van deze af: ook de borg is schuldenaar, maar hij is het alleen omdat hij aansprakelijk is, de hoofdelijk verbonden schuldenaar is kortweg schuldenaar, zonder meer.

Maar hoe komt het dat dit zich hoofdelijk verbinden als medeschuldenaar — terwijl materieel borgtocht is beoogd — zulk een taai leven heeft gehad? Men vindt het in het Romeinsche recht en men vindt het bij ons. Het antwoord is eenvoudig. Het is een gevolg van de bijzondere wettelijke regelingen over den borgtocht.

¹⁾ Levy t. a. p., biz. 21.

²⁾ Vgl. D. 45. 1. 49. 1 (Paulus). Si stipulatus sim, per te non fieri quo minus mihi ire agere liceat et fidejussorem accipero: si per fidejussorem steterit, neuter tenetur, si per promissorem, uterque.

De wetgever grijpt telkens in ter wille van den borg, de practijk ontduikt den nieuwen regel door de aansprakelijkheid weer te verscherpen. De geschiedenis van het borgtochtrecht toont één strijd tusschen beide tendenzen. De borg heeft excepties, heeft voorrechten — welnu men verbindt zich als hoofdelijk schuldenaar en van het borgtocht karakter der verbintenis blijkt niets. Van dezelfde neiging tot verscherping is ook ons instituut van „den borgtocht hoofdelijk met den hoofdschuldenaar" een uitvloeisel. Maar uit het voorgaande blijkt ook het dubbelzinnige, tweeslachtige van het instituut.

De tegenstelling: borgtocht-hoofdelijkheid meen ik duidelijk te hebben gemaakt. Men kan zich ook een borgtocht denken, waarbij de door de wet gegeven voorrechten worden weg bedongen, een verscherping dus der verbintenis, die borgtocht blijft. Maar een borgtocht, die tegelijk een hoofdelijke verbintenis zou zijn, is een tegenstrijdigheid, een onding. Wie zich als zoogenaamd zelfschul-dige borg verbindt, hinkt op twee gedachten. Hij is borg, dus *niet* zelf schuldenaar en toch wel weer schuldenaar! Geen wonder dat doctrine en jurisprudentie met zulk een instelling zoo weinig weg hebben geweten.

Intusschen het instituut bestaat, het beding komt voor, we hebben dus de rechtsgevolgen te bepalen. Hierover nog een slotartikel.

IV

Het zich verbinden als borg en tegelijk als schuldenaar, hoofdelijk naast den eigenlijken debiteur heeft geen zin, zagen wij. Maar met het constateeren van dit feit kunnen wij niet volstaan. We hebben aan te toonen, hoe het dan komt dat men reeds eeuwen lang zulke bedingen maakt en wat men er mee beoogt. Want het beding is niet van de laatste tijden, reeds Pothier spreekt van den borg, die zich als principale debiteur verbonden heeft en ook in het oud-Hollandsch recht vindt men van dezen vorm gewag gemaakt.

Hoe kwam de rechtspractijk hiertoe? Zij wilde de aansprakelijkheid van den borg verscherpen, van de bijzondere voorrechten hem door den wetgever geschonken, wilde zij niet weten. Maar waarom bepaalt zij zich niet tot een beding van afstand van de voorrechten, óf — indien haar dat nog niet genoeg was — waarom wordt dan de beslissende stap niet gedaan en niet eenvoudig weg bedongen, dat de man die wilde instaan, zich als hoofdelijk mede-schuldenaar verbond zonder van borgtocht te reppen? Beide gebeuren toch ook. Van waar nu die zonderlinge tusschenvorm? De verklaring ligt naar mijne meening in tweeërlei omstandigheid.

Vooreerst zijn er, gelukkig, altijd mensen die bezwaar hebben te verklaren dat zij iets anders bedoelen dan zij werkelijk beoogen. Houd een borg voor, dat hij moet teekenen, dat hij zich als geld-

leener verbindt, hij maakt bezwaar: niet hij, maar de vriend, dien hij uit den nood helpt, krijgt het geld. Laat hem daarentegen verklaren, dat hij zich borg stelt „hoofdelijk met den schuldenaar”, en zijn bezwaren verdwijnen onmiddellijk, over de preciese juridische beteekenis dier woorden breekt hij zich het hoofd niet. Vraagt hij al nadere inlichting, dan zal hij met de mededeling, dat hij daarmee van de voorrechten van schuldsplitsing en uitwinning afstand heeft gedaan, volkomen tevreden zijn. Kent het recht een bijzondere gebondenheid door den vorm der handeling (stipulatio, wissel tot zekere hoogte) en wordt daar dus de eigenlijke grond der verbintenis verzwegen, dan valt het de practijk licht het ter zijde laten van die „oorzaak” te aanvaarden, maar dwingt het recht, indien men een hoofdelijke verbintenis wenscht van iemand die niet meer is dan borg, dat deze verklaart geleend te hebben, terwijl hij in waarheid niet leende, dan zal zulk een wijze van handelen veel minder gemakkelijk algemeen worden.

Kan hierin de oorzaak gelegen zijn waarom hij die zich „hoofdelijk” verbond, zich liever toch „borg” bleef noemen, de gelegenheid daartoe gaf het latere Romeinsche recht, dat beide begrippen hopeloos door elkaar haalde. Justinianus, die in het algemeen den borg al bijzonder gunstig gezind was, bepaalde in zijn 99e novelle dat het recht schuldsplitsing vragen, niet alleen aan den borg, maar ook aan den hoofdelijken schuldenaar zou worden toegekend. Het is niet moeielijk te begrijpen, waarom. Wilde de wetgever den-geen die „materieel”, „sociaal” borg is afdoende beschermen, dan moest hij ook den borgtocht treffen, die zich verschuilt in de hoofdelijke verbintenis. Maar de hoofdelijkheid was hiermee feitelijk gedenatureerd. Voeg hieraan toe, dat de stipulatio haar eigenaardig karakter van „abstracte” overeenkomst had verloren, dat de hoofdelijkheid daarmee haar eigen terrein miste en het beding daarvan bij op een „causa” rustende overeenkomsten altijd iets gekunstelds had en het is begrijpelijk, dat borgtocht en hoofdelijkheid geheel door elkaar worden gehaald. Van de 99e novelle wil het latere recht niet weten. Pothier zegt dat hij niet ziet dat zij in Frankrijk wordt gevolgd¹⁾ en v. d. Keessel²⁾ deelt mee, dat de Hollanders algemeen desgelijks oordeelen — maar het kwaad was geschied: het begrip van het verschil tusschen hoofdelijkheid en borgtocht was verloren gegaan. Tusschen beide werd niet meer onderscheiden. Of men zich verbond hoofdelijk naast den debiteur dan wel als borg, hoofdelijk met dezen — het werd vrijwel als hetzelfde beschouwd.

Het bewijs levert het oud-Hollandsche recht. In een bericht aangaande een Haagsche costume, in 1548 opgesteld, wordt het karakter der hoofdelijkheid scherp aangeduid. Het luidt aldus:

¹⁾ Traité des Obligations, n. 270.

²⁾ Thesis 494.

„Ende aengaande die koopmanschappen ofte andere contracten werd aldaer binnen den Hage geuseert, ende is ook in so lange tijd tot nocht toe geobserveert, dat geen memorie van menschen ter contrarie en gedenkt, zoo wanneer twee, drie, vier of meer hen verbinden voor Schepenen of te bij andere goed authentiek bescheit¹⁾, elk een vooral ende als principael, dat als dan die crediteur optie heeft te mogen roepen dengen, die 't hem belieft, een of te meer, of te allegaer, zoo het hem best gelegen en geraden dunkt, zonder dat dezelve crediteur gehouden wert te excusseeren dengen, die men mochte bewijzen tot wiens profijte de geleende penningen mogten gekomen wezen." De plaats wordt door de samenstellers der Rechtsgeleerde Observaties²⁾ zeer terecht aangehaald ten bewijze dat naar ons recht de „correi debendi" niet hebben het „beneficium divisionis et excussionis". Maar waarbij plaatsen zij hunne aantekening? Bij een paragraaf uit De Groot's Inleiding³⁾, die over den borgtocht handelt. En Van den Keessel doet dan ook beroep op de Observatie niet, waar hij in de bovengenoemde stelling over de hoofdelijke debiteuren, maar waar hij over de borgen handelt, die zich „elk als principael" hebben verbonden⁴⁾. Had ik ongelijk, toen ik zeide dat onderscheid niet werd gemaakt?

Een soortgelijk beeld van verwarring toont het oud-Fransche recht, Chorier⁵⁾ beschouwt den hoofdelijk verbonden borg als iemand „qui de la dette a fait sa propre dette comme principal", en hij aanvaardt de consequenties van deze opvatting. Ook bij hem dus ontbreekt het onderscheid. Het parlement te Parijs⁶⁾ daarentegen ziet zoozeer een borg in de op zoodanige wijze verbundene dat het hem zelfs de excepties van schuldsplitsing en uitwinning niet weigert. Basnage wijst er op dat zoo de clause alle uitwerking mist en wordt daarin door Pothier gevolgd; deze laatste schijnt wel de „caution solidaire" niet gelijk te stellen met een „debiteur solidaire", maar of hij nu de regels over borgtocht dan wel die over hoofdelijkheid op den eerste toepasselijk acht, blijkt niet.

Hoe zullen wij nu voor ons recht deze laatste vraag moeten beslissen? Bezinning over den aard der instituten en historisch onderzoek leeren ons, dat hoofdelijkheid en borgtocht elkaar uitsluiten, dat het alleen de sleur is die de clause levenskracht geeft. Vast staat verder, dank zij de bepaling van art. 1869, dat het voorrecht van uitwinning hier is uitgesloten, voorts dat ook van schuldsplitsing hier geen sprake kan zijn. Maar overigens? Voor een algemeene

¹⁾ Men lette op het eigenaardige karakter dezer overeenkomst. Een parellel met de stipulatio ligt voor de hand.

²⁾ II, n. 66.

³⁾ III, 3, 29.

⁴⁾ Thesis 503.

⁵⁾ La jurisprudence de Guy Pape. 1769, VIII, 251. Ik citeer naar Baudry Lacantinerie—Wahl, XXIV, 919, ik kon het boek zelf tot mijn spijt niet in handen krijgen.

⁶⁾ Zie Pothier, Obligations, n. 408 en 416.

beslissing: de hoofdelijk verbonden borg is hoofdelijk schuldenaar of is borg, ontbreekt vrijwel alle grond. Met name zou ik niet uit art. 1869 B. W. willen afleiden dat de regels omtrent borgtocht van toepassing blijven. De tekst van dat artikel is minstens evengoed verenigbaar met de opvatting dat het enkel verwijst naar de mogelijkheid wat materieel borgtocht is in den vorm van een hoofdelijke verbintenis te gieten. Art. 1764 W. N. v. H. leert, dat althans de makers van dat Wetboek art. 2021 C. in dien zin hebben opgevat¹⁾).

Mijns inziens rest ons niets anders dan de verschillende gevallen waarin de wet in hare regeling een tegenstelling maakt tus-schen hoofdelijke schuldenaars eenerzijds en borg en hoofdschuldenaar aan den anderen kant, na te gaan en van geval tot geval uit te maken wat nu voor onze verhouding moet worden aangenomen. Er dient dan nog op te worden gelet of partijen in eenig bepaald geval aan het karakter van borgtocht hebben willen vasthouden dan wel dit zoo veel mogelijk hebben willen elimineeren. Met andere woorden, het zal vaak een vraag van uitlegging der concrete verhouding zijn, of men die uitsluitend opvat als eene „hoofdelijke" naar de wet dan wel als een verbintenis uit borgtocht.

Gaan we enkele dier gevallen in vogelvlucht na.

Algemeen wordt aangenomen dat het beroep op art. 1885 B. W. ook aan onzen borg toekomt. Stellig wel terecht. Het artikel verplicht den schuldeischer ter wille van den borg de overige zekerheden die hij mocht bezitten, te behouden. Het laten varen daarvan in de overtuiging toch wel verhaal te hebben op den borg, zou een willekeurig omspringen zijn met de belangen van dezen, het is den schuldeischer niet geoorloofd. Staat de schuldeischer nu tegenover iemand die zich als hoofdelijk mede-schuldenaar heeft verbonden, maar van wien hij weet dat hij materieel niet anders is dan borg, dan is de zaak twijfelachtig. Eenerzijds zou dezelfde rechtsgrond ook hier gelden — aan den anderen kant kan de schuldeischer tegenwerpen, dat hij wel wist, dat de ander niet was de eigenlijke schuldenaar, maar dat hij krachtens de tus-schen hen gesloten overeenkomst dat niet behoefde te weten, dat deze integendeel hem opzettelijk in een positie heeft gesteld, waardoor tegenover hem alle verbondenen in alle opzichten gelijk staan. Ook wie zich aan de laatst bedoelde argumenten houdt, voelt dat hij ter wille van wat dan wellicht een eisch van streng recht is, de billijkheid opoffert; het blijft dan toch maar waar, dat willekeur van den schuldeischer uitmaakt of de borg al dan niet is gebonden. Is er dus maar een gaatje om door te kruipen en een uitspraak in anderen zin te bereiken, dan zal men daar gebruik van maken. Heeft de schuld-

¹⁾ Het luidt: ten ware de borg van het voorregt van uitwinning afstand gedaan mogt hebben of wel dat hij nevens den principalen schuldenaar een solidaire verbintenis mogt hebben aangegaan

eischer dus een overeenkomst aangegaan, waarin de tegenover hem verbodene zich borg noemt, dan zal hij met die omstandigheid ook rekening moeten houden.

Het uitgangspunt van onze beschouwingen gaf de regeling van de kwijtschelding. Ook daar hield de H. R. zich aan de leer: ook de hoofdelijk verbonden borg is borg. Hij kwam daar tot een resultaat dat moeielijk bevredigend kan heeten. Ik geloof, dat het niet noodig was geweest. De wet bepaalt in art. 1476 dat bij kwijtschelding aan een der hoofdelijke schuldenaren met voorbehoud van het recht tegenover de anderen, dezen niet verder gebonden blijven dan na aftrek van het aandeel van dengenen aan wien de schuld is kwijtscholden. In art. 1478 staat eenvoudig: kwijtschelding aan een der borgen bevrijdt de overigen niet. Voor een aftrek van het aandeel van den bevrijden borg vindt de H. R. geen plaats. Het Amsterdamsche Hof had er reeds op gewezen, hoe onbillijk dit werkt. Immers: of de borg die veroordeeld wordt, heeft geen verhaal op zijn mede-borg, en dan wordt hij de dupe van de kwijtschelding, of hij heeft dat verhaal wel, en dan blijft de kwijtschelding zonder uitwerking. Een eenvoudig nagaan van het bekende rijtje in de geschiedenis: Pandecten — Pothier — Code Civil — B. W. had den H. R. van de onjuistheid zijner uitspraak kunnen overtuigen. Art. 1478 is overgenomen uit art. 1287 Code, dit stamt uit Pothier, Obligations, n. 617, en deze steunt op zijn beurt op de Romeinsche traditie. Hij haalt een plaats van Paulus¹⁾ aan, waar deze inderdaad van de kwijtschelding (pactum de non petendo) juist als onze wet zegt: Fidejussoris conventio . . . nec confidejussoribus proderit. Maar wat is het motief, dat Paulus er bij geeft? Omdat een pactum slechts dan ten bate van een derde werkt, als deze derde weer verhaal zou uitoefenen op dengeen die het beding maakte, en het zonder werking blijven van het pactum dus weder op dezen laatste zou terugslaan, zooals, zegt Paulus, met hoofdelijke debiteuren het geval is. Een verhaal van den borg op zijn mede-borg kent hij niet. Daarom mist de kwijtschelding werking voor den mede-borg. Denzelfden samenhang tusschen verhaal en de werking van de kwijtschelding vinden wij bij Pothier²⁾. Ook hij zegt: „La décharge personnelle accordée à une caution, ne décharge pas non plus les cofidé-jusseurs". Maar hij voegt er aan toe: „Néanmoins si les cofidé-jusseurs ont pu compter sur le recours qu'il auraient en payant contre cette caution que le créancier a déchargée, ayant contracté leurs cautionnements avec elle ou depuis elle, il est équitable que la décharge accordée à cette caution les libère, quant à la part pour laquelle en payant ils auraient eu recours contre cette caution, si

¹⁾ D. II, 14, 23. Nec confidejussoribus (conventio) proderit. Neque enim quoquo modo cuiusque interest, cum alio conventio facta prodest, sed tunc demum, cum per eum, cui exceptio datur, principaliter ei qui pactus est, proficiat: sicut in reo promittendi et his qui pro reo obligati sunt.

²⁾ T. a. p., men vergelijk ook nog n. 557.

elle n'eut pas été déchargée". De Code noch onze wet herhaalt deze beperking van den regel. Is zij daarmee vervallen? Het is weinig aannemelijk. Voor den gewonen borg van de wet is zij niet noodig, hij heeft het voorrecht van schuldsplitsing — maar zoodra een borg dit mist is er alle reden het verband tusschen verhaalsrecht en de werking der kwijtschelding, dat ons recht en zijn voorgangers immer hebben erkend, ook thans nog te handhaven. Indien verhaal, dan bevrijdt ook de kwijtschelding voor het deel dat niet meer verhaald kan worden. Het onderscheid dat Paulus maakt tusschen hoofdelijke schuldenaren en borgen, bestaat naar ons recht niet, voor zoover de laatsten als de hoofdelijk verbonden den het voorrecht van schuldsplitsing missen. Het is dan ook volkomen begrijpelijk, dat Baudry Lacantinerie—Barde, die overigens ten aanzien van onzen borgtochtvorm redeneeren als de H. R., op dezen art. 1285 C, al. 2 bij analogie toepasselijk rekenen¹⁾. C'est là un point certain, voegen zij er aan toe.

Voor de schuldvergelijking maakt art. 1466 verschil tusschen hoofdelijke schuldenaren en borgen. Komt men voor de vraag te staan wat nu rechtens zal zijn ten aanzien van den borg, die hoofdelijk met den schuldenaar verbonden is, dan zal men vooreerst moeten bedenken, dat de bepaling van art. 1466, 2e lid, dat het recht van beroep op schuldvergelijking met hetgeen de schuldeischer aan een der medeschuldenaren moet betalen, ontzegt, volstrekt niet van zelf sprekend is. De gronden waarop zij indertijd in den Code werd opgenomen, gevaar voor inmenging van den eenen schuldenaar in de zaken van den ander en zoo²⁾, zijn volstrekt niet sterk. Reeds daarom kan er reden zijn den borg die zich hoofdelijk verbonden heeft, toe te staan zich op schuldvergelijking met den hoofdschuldenaar te beroepen. En dat te meer, indien men als de meesten aanneemt, dat het recht om althans het aandeel in de schuld van dengeen die schuldeischer tevens schuldenaar is, in compensatie te brengen, een recht dat Domat en Pothier den hoofdelijken schuldenaar nog toekenden, niet meer bestaat. De borg die zich, zonder het karakter van borgtocht te doen uitkomen, als hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, komt ten aanzien der vergelijking van schuld door art. 1466 in een bijzonder ongunstige positie — er is alle reden om hem, indien hij door zich borg te blijven noemen tegenover den schuldeischer het verschil tusschen zich zelve en den hoofdschuldenaar handhaaft, niet in dezelfde positie te plaatsen.

Wij zullen hier onze reeks van bijzondere bepalingen afbreken. Ons hoofddoel was het karakter van hoofdelijkheid en borgtocht wat nader aan te geven. Ik hoop dat het doel bereikt is. Mocht iemand er de practische les uit trekken, dat hij door in een akte van borgtocht te bedingen, dat afstand gedaan wordt van de voor-

¹⁾ XIV, 1797.

²⁾ Vgl. Baudry—Barde, XIII, 1249.

rechten van schuldsplitsing en uitwinning, de verscherping der wettelijke aansprakelijkheid van den borg volkomen heeft bereikt, en dat daarnaast een beding van hoofdelijkheid met den hoofdschuldenaar, wel allerlei moeilijke vragen doen rijzen, maar van geenerlei nut is — des te beter.

N a s c h r i f t . Van bevriende zijde werd ik er op gewezen, dat het verband door de Romeinen, met name door Paulus, gelegd tusschen de werking der kwijtschelding en het verhaal nader blijkt uit D. II. 14. 32. Daar zegt de jurist, dat indien bij uitzondering de borg geen verhaal heeft op den hoofdschuldenaar, kwijtschelding aan dezen verleend den borg *niet* bevrijdt.

Gaarne plaats ik deze versterking van mijn betoog op blz. 320.

